Exurge Domine, iudica causam tuam. Psalm. 73.

POR DON ANDRES DE MONTORO VARGAS Y CASTILLEjO:

EN EL PLETTO

CON D. GERONYMO DE MONTORO, Y VARGAS, SV HERMANO:

SOBRE

LA SVCESSION, Y DIVISION DE LOS dos Mayorazgos, que fundò Alonso Gomez de Montoro, su padre.

DON Andres pretende, que se confirme la sentencia del Alcalde Don Gabriel Melendez de Porres y Auilès, en que en execucion del testamento del dicho Alonso Gomez, mandò dar la possession a cada vno de los dos Mayorazgos que fundò: y declarò por ninguna la escritura de revocacion, que parece hecha en 19. de Febrero de 1656.

1 En quatro instrumentos que otorgò Alonso Gomez de Montoro, desde el año de 33. hasta el de cinquenta y tres, que hizo su testamento cerrado, con que muriò; dispuso de su hazienda dos Mayorazgos, vno para Don Geronymo, y otro para Don Andres, sus dos hijos, que no tenia otros, de vna mesma renta, poco mas, o menos, y con vnas mesmas condiciones. Y este intento manifestò en todas ocasiones, tan firme, y fixo en este sentir, que el segundo instrumento de fundacion le hizo sin acordarse del primero: obrando con este dictamen, como si antes no le huviera manifestado, *Mente, & voce*: como dixo Celso J.C. in l. Labeo §. fin ff. de supellect. legat.

2 Contra estos se opone vno hecho despues, y antes de abrir el testamento, que se abriò por su muerte, en que parece los junta, y llama a Don Geronymo, y excluye a Don Andres; y este se convence de falso, y falto de voluntad, por incapacidad, y violencia: de que se formaràn tres fundamentos, en que se assegura esta verdad.

3 Y por principio vniuersal de todos, suponemos que la falsedad, incapacidad, y violencia se prueban por conjeturas, y presumpciones; por ser su conocimiento de dificultosa probança en la falsedad. En lo ciuil. cap. inter dilectos. 6. de fide instru. Archi. in ca. in memoriam, n. 19. distinct. 29. Farin. de fals. q. 152. Mascar. concluf. 740. nu. 6. Fontan. decif. 257. Con esta diferencia, de q̃ en las intrinsecas, que resultan del instrumento, basta vna: y en las extrinsecas, que se componen de probança, dos. Vt ex Farin. & alijs Sfortia Oddus cõf. 78. à nu. 38. Mascard. concl. 740. nu. 45. Craueta conf. 56. n. 20. Mandell. Alua. conf. 99. n. 10. verf. In secunda verò specie. En la incapacidad, y demencia, que son afectos del animo, y passion interna, Bald. in l. furiosũ, n. 1. C. qui testam. facere poss. vbi Jasso. n. 4. Mascar. concluf. 502. n. 1. D. Castillo lib. 4. controu. c. 28. n. 34. Y se prueba con testigos singulares. Decius in dict. l. furiosũ, n. 30. Marãta in l. is potest. ff. de adquir. n. 143. Suar. alleg. 1. n. 19. Farin. q. 64. n. 259. in fragm. litt. F. n. 290. nouiss. D. Fran. Hier de Leon decis. 40. n. 129. lib. 3. Y con solo vn acto de demencia y furor. Doct. in l. quidam testam. ff. de condit. instit. Menoch. de præsu. lib. 1. præs. 45. n. 22. Pacian. de probat. li. 1. c. 33. à n. 9. Farin. vbi sup. n. 233. Plaça de delict. lib. 1. c. 29. n. 6. ibi: *Illud etiam constat furorem, si vnicum tantùm furiosi, vel mente capti egerit.* Et ibi: *Siquidem attendenda non est verborum pluralitas, vel actuum.* Y la violencia por dolo, o sugestion, y persuaciones demasiadas, tambien se prueba por indicios, y conjeturas, testigos singulares, y con vno, y adminiculos que conducen: Vt ex pluribus docet D. Castillo, quem pro multis allegatũ volumus, dict. lib. 3. contro. cap. 1. ex num. 69. & seqq. & n. 105. & lib. 5. c. 72. verf. Præterea. Particularmente en reuocacion de otra disposició perfecta. D. Cast. in d. lib. 3. c. 1. num. 181. & lib.

5. cap.

5.c.72. verſ. Quinto dolus præſumitur. Surd. conſ. 373. n. 18. Mantica de coniect. l. 2. tit. 11. n. 4. Porque, como dixo el I.C. *Hereditas ſemel data facilè adimi non poteſt*, in lib. 1. §. fin. ff. quæ in teſtament. delent.

4 Deſte principio vniuerſal, que mira a todos tres fundamentos, ſe ſigue lo eſpecial de cada vno, en que concurren vna, y muchas preſumpciones, y conjeturas tan claras, y euidentes del intento, que de qualquiera pudieramos fiar el buen ſuceſſo de eſte negocio, y de todos, que ſe dàn las manos vnos a otros, no parece que puede tener duda.

FVNDAMENTO PRIMERO.

5 LA primera preſumpcion que deſcubre la falſedad, y que reſulta de lo intrinſeco del inſtrumento, es lo extraño, y nuevo de ſu diſpoſicion: porque aviédo en los demas pueſto el nombre de ſus padres, en eſte no ſe halla, y repugna a la razon, con que le dà principio: porque dize, que es por mayor autoridad de ſu caſa; y callando ſus padres, no ſe compadece, antes ſe opone. Porque la Nobleza heredada, es eſmalte de la virtud propria: como dixo la ley de la partida 6. tit. 9. part. 2. vbi Greg. gloſ. 4. Y en todos los actos de Nobleza ſiempre ſe atiende al origé. *Origo nataliũm*, dixo el I.C. in l. honor. §. de honoribus. ff. de munerib. & honor. Y a nueſtro intento lo inſolito, y deſuſado en ſemejantes caſos, es indicio de falſo: Bald. & Paul. de Caſtro in l. teſtam. C. de teſta. Barboſ. de iure Eccleſ. lib. 1. cap. 2. n. 29. & in procem. Decret. n. 13. Peralta in l. ſi quis, in principio. ff. de leg. 3. n. 60. & 61.

6 Lo qual ſe confirma, porque auiendo en todos los inſtrumentos antecedentes (menos en el teſtamento, que tiene, y confirio ſu efecto deſpues de ſu muerte) reſeruado facultad de reuocarlos: en eſte ſe halla atadas las manos, y vencida ſu propria voluntad, para que no lo pueda reuocar [grande indicio de violencia] como deſpues diremos; pero nuevo modo, y eſtilo de diſponer, ſin nueva cauſa que le obligaſſe. Y eſte inſolito y eſtraño concepto, contra ſi propiro manifieſta que fue incierto, y quando menos, inveriſimil, que baſta: como de otro inſtrumento dixo Barboſa voto 68. n. 31. lib. 2. D. Caſtillo lib. 2. cap. 16. n. 16. cum alijs.

7 La ſegunda es, que Iuan de Quintana, teſtigo inſtrumental preſentado por D. Hieronymo, fol. 244. dize, que tiene noticia dèl, no porque ſe hallò preſente, ſino por auerlo viſto en poder de Don Hieronymo. En lo qual tacitamente niega la aſſiſtencia, y aun pudieramos dezir que expreſſamente, conforme a la razon del texto in l. inter me, & te. ff. de excep. rei iud. Porq̃ ſi ſu noticia es de auerle viſto en poder de Don Geronymo, no es de auerſe hallado preſente, y como teſtigo inſtrumental, *Quia eo ipſo quo meam eſſe pronunciatum eſt, ex diuerſo pronunciatum videtur tuam non eſſe*. Y para nueſtro intento baſta la duda, ex l. 1. §. ſi quis neget. ff. quem admod. teſta. aperiant. ibi: *Sed aliàs ſuſpectè fiunt*, D. Caſtillo lib. 2. ca. 16. n. 29. Y con eſto concurre, que Luis de Meſa, otro teſtigo inſtrumental preſentado tambien por Don Andres, no dize que ſe leyò

leyò en presencia suya, y de los demas: ni que interuino acto de voluntad del otorgante. Y faltando estos requisitos, no tiene poca sospecha: como dize Rod. Suar. alleg. 1. n. 38. D. Castillo lib. 4. c. 21. n. 89. & lib. 5. c. 71. Y no ay probança de su certeza, aun con los mesmos testigos instrumentales.

8 La tercera, es la clausula de que se guarde el Testamento; porque si este era contrario, y en lo mesmo tenia repugnancia: mal se pueden concordar. Y de esta disposicion se infiere la sospecha de falso, de que aora tratamos, y la falta de voluntad, de que hablarèmos adelante; y q̃ en este encuentro, o no valen ambas, conforme al texto in l. scripturæ C. de fide instrum. que dize: *Scripturæ diuersæ fidem sibi inuicem derogantes ab vna, eademque persona prolatæ, nil firmitatis habere poterunt.* Vbi Bald. l. vbi repugnãtia. ff. de reg. iur. O la vltima, que fue la del Testamèto, ex Peralta in dic. l. si quis, in principio. ff. de leg. 3. n. 99. & 111. Y esta es vna de las presumpciones de falsedad: vt rectè aduertit Surd. cons. 6. n. 4. ibi: *Vel continet negotium, de quo alia extant contraria instrumenta.*

9 La vltima se infiere de la sospecha que resulta contra el Escriuano, por aver otorgado otro instrumento de vn mentecato, que se declarò por nullo por Executoria de la Real Audiencia, y se ayuda mucho con las circunstancias que ay en esta causa. Porque siendo assi, q̃ Francisco Lopez Castellar Escriuano, lo avia sido del Testamento, aunque le buscò Don Geronymo para este instrumento, no lo quiso hazer, y en su declaracion dize; Que la minuta no la embiò Alonso Gomez, sino el señor Inquisidor Don Pedro Manjarrès; y sobre la paga de los derechos, èl, y Don Geronymo estàn contrarios. Y aunque se han presentado muchos instrumentos, que se suponen otorgados por aquel tiempo; ninguno, sino es este, hizo el Escriuano dèl. De donde se colige, q̃ por la conueniencia de la parte, y obediencia del Superior, no reparo en la obligacion de su oficio. Y en avien do sospecha del Escriuano, es legitima la presumpcion de falsedad, maximè in ciuilibus. Surd. cons. 6. n. 3. & 4. ex pluribus. Barb. in dic. voto 68. n. 38. lib. 2. D. Castillo lib. 2. c. 16. n. 12. Y el exemplar de esto se aplica en toda la causa, ex traditis à D. Valenz. cons. 69. ex nu. 213. D. Castillo lib. 5. c. 89. Con q̃ parece que bastaua para declarar por nullo este instrumento.

FVNDAMENTO SEGVNDO.

10 LAS presumpciones que avemos referido, influyè mucho para este segundo fundamento: porque quando se huviere otorgado el instrumento, la nouedad, y estrañeza de no aver puesto el nombre de sus padres, ni reseruado facultad de reuocar, como en los demas, y añadir que se guardasse el testamento, disponiendo lo contrario, descubren, que no tuvo capacidad, ni juyzio para hazerle; porq̃ obràra como solia, y debia, acordãdose de lo hecho en el testamento, y declarando su animo, para escusar dudas, y pleytos, què es lo que deue hazer qualquiera Christiano, justificando sus acciones con buena razon, y acierto, *Quia ex litibus plura damna eueniunt.* D. Larrea dicis. 4. n. 8.

11 Pero està probado cõ muchos teſtigos, que por aquel tiempo no tenia capacidad: porque de ordinario ſin cauſa lloraua, y reía, y daua voces, y hazia otras acciones de perſona incapaz, y ſin juyzio, ni eleccion de propria volũtad, que es lo que dixo el R. P. in cap. 1. §. ſi verò, de Clerico ægrot. lib. 6. ibi: *Si verò Epiſcopus demens ſit, & quid velit, aut nolit expremire neſciat.* Vbi Domin. Y por eſta inconſtancia, y deſigualdad ſe prueba la demencia: quia fatuus eſt, qui fatua loquitur. Cap. legimus. 93. diſtin. l. his qui. C. de tutor. & curat. Spino in ſpeculo teſtament. gloſ. 10. Rub. nu. 7. Suar. alleg. 1. nu. 3. & 4. equi parando eſte ſugeto a la niñez. *Puerili, vel ſenili ætate*: como dixo el Rom. P. in cap. quamuis. 58. de ſentent. excommun. y el J. C. in l. ciuitatibus 115. ff. de leg. 1. ibi: *Puta ſenioribus, & pueris*, in l. 2. ff. de term. moto ibi: *Id eſt, ſi iunior, ſi ſenior*. l. 8. tit. 31. part. 7. vbi Greg. verbo *Viejo*. Lara de vita homin. cap. 31. num. 78. & 79. plur. Narbona de ætate ad omnes act. anno 70. q. 11. & anno 80. q. 3. & 4. In terminis Burg. de Paz conſ. 11. num. 13. Y para eſto baſtarà ſer de mas de ochenta años, en quien ſe preſume falta de capacidad, y eſtàr decrepito, como dize Vlpiano in l. arboribus. 12. §. de illis. ff. de vſu fructu, ibi: *Defectæ ſenectutis hominem ſeruum appellat, cuius non aliter, atque infantis ob ſenij invecillitatis opere nullæ ſunt.* Y concurriendo falta de memoria, afliccion de achaques, e impedimento de la perſona, en que todos los teſtigos concuerdan, ſin mas conocimiento de ſus obras, y palabras, lo reſuelue con muchos Narbona, de ætate, ad omn. anno 80. q. 1.

12 Y aunque en qualquiera ſe preſume juyzio, y capacidad: en el viejo, y enfermo ſe preſume lo contrario. Bart. & Salicet in l. furioſum, C. qui teſtam. facere poſſ. & poſt eos eleganter D. Franciſ. Hieron. de Leon deciſ. 40. num. 129. to. 3. Porque ſe conſidera como el moribundo: Quia ſenes dicuntur morti proximiores, & vicini. l. hereditatem, ff. ad leg. falcid. Lara de vita homin. cap. 31. num. 73. & in ſeptuagenarijs rectè Narbona vbi ſupr. anno 70. q. 1. num. 6. Y como el que diſpone en eſte eſtado, non præſumitur ſanè mentis. l. hac conſultiſſima. §. at cùm humana fragilitas. C. qui teſtament. facere poſſ. Caſtrenſ. conſ. 155. num. 2. volum. 1. Menoch. de preſum. lib. 6. præſump. 46. Socin. ſen. conſ. 229. num. 5. volum. 3. Mantica de conject. lib. 2. tit. 6. num. 6. Lo miſmo procede en el viejo enfermo grauemente, como el nueſtro: porque la enfermedad apura el juyzio, y le conſume: *Vitium corporis vſque ad animam penetrare:* dixo Vlpiano in l. ob quæ vitia. ff. de edil. edicto. Notat Suar. dict. alleg. 1. num. 38. Y por eſto dixo Graciano diſcept. for. ca. 805. num. 30. que ſeſenta años con enfermedad, ſon mas que ſetenta con ſalud, para los efectos del Derecho. Quem ſequitur Lara de vita hom. cap. 31. num. 55.

13 Lo qual ſe cõfirma, por la falta de memoria q̃ tenia, de q̃ deponen los teſtigos, que es vna ſeñal grande de demencia, y defecto de juyzio en la vejez, de qua Narbona de ætate anno 80. q. 2. ex text. in cap. filij, de heret. lib. 6. l. 13. tit. 1. part. 6. ibi: *Otroſi el que fueſſe falido de memoria, no puede hazer teſtamẽto.* l. 9. tit. 1. part. 7. ibi: *Eſſo meſmo dezimos q̃ ſeria del loco, y del furioſo, o del deſmemoriado.*

l. 5.

l.5.tit. de las mandas, in foro legum, ibi: *Eſtablecemos, que los que no fueren en ſu memoria, o en ſu ſexo, no pueden hazer teſtamento.* Gram.conſ.5.num.10.Burg.de Paz conſ. 11. num. 8. & 12. Auendaño reſp. 35.num.1.verſ.5. donde ſe equipara el deſmemoriado, aunque al parecer tenga juyzio, al loco, y demente: quia non ſufficit quis habere intellectum, ſi non habet ſanam, & integram memoriã. Greg. Lopez in l.6.tit.3.part.6.gloſ.magna, in princ. Simõ de Pret. de vltim.vol.lib.2.interp.1.dub.1.ſolut.4.num.23.& 24. Flor.de Mena lib.1.quæſt.cap.1.num.54. Y quando eſta ſeñal ſe acompaña con otras muchas, como en nueſtro caſo, pues en el miſmo inſtrumento ſe acuerda del teſtamento, ſin ſaber lo que contiene, porque manda que ſe guarde, y diſpone lo contrario, y las demas acciones eſpeciales que refieren los teſtigos, no tiene duda la materia. Maſcard.de prob.tom.2.concl.826.num.14. D. Franciſc. Hieron. de Leon dict. deciſ. 40. num. 125. tom. 3. Y con eſto concurre la crueldad que reſulta, de aver dexado a ſu hijo Don Andres, pobre, auiendole querido tanto en ſu vida, ſin darle ocaſion: que ſe tiene por eſpecie de inſania, l.2.l.Titia.ff.de inoffic.teſtam.l.patronus, in fine, de leg.3.l.nam etſi parentibus.ff.de inof. teſtament.rectè Suar. dict.alleg.1.num.12.latè D.Caſtillo lib.2.controu.cap.19. per tot.

14 Y no nos embaraça la probãça cõtraria, y la diligencia del Alcalde Don Gabriel Melendez: porque en concurſo de probanças, ſe deue preferir la nueſtra, por ſer mas cierta, y eſpecial de los actos particulares, por donde ſe conoce la demencia, e incapacidad, como aduierte Maſcard.de prob.concl.502.num.1.Farin. in fragm. litt.F. num.232.Socino conſ.183.volum.1.Mantica de conject. lib.2.tit. 6.num.6. D.Caſtill. lib.4.cap.28.num. 34. In terminis Rod. Suar. dict.alleg.1.num.17. Burg.de Paz.conſ.11.num.18. Y de aqui nace, que no es buena la razon de los teſtigos contrarios, de que tenia juyzio, porque reſpondia a propoſito: pues los actos contrarios ſe oponen, y eſtos ſon los que hazen mas fuerça: vt rectè conſiderat Roder. Suar.dict. alleg.1. num.17.& 18. Corn.conſ.73.num. 8.& 10.Mantica de conject. lib.2.tit.5.num. 17.verſ.Item ſciendum, & Menoch.conſ.45.num.24. Porque de ellos ſe haze aprecio, y conocimiento de la capacidad del ſugeto, y cabe en el concepto de los teſtigos, vt prædicti Doctores probant.

15 Con eſto concurre la publica fama, y opinion que auia en el barrio, y entre todos los amigos y parientes, de que deponen Don Alonſo Portocarrero, fol. 288. D. Nicolas de Salcedo 297. Doña Maria de Chauarria, fol.309. y Doña Melchora de Chauarria.fol. 310. de la demencia, e incapacidad de Alonſo Gomez: lo qual ayuda mucho la probança principal. Menoch.lib.3.de præſump. cap.4. num. 21. & cap. 126. num. 6. In terminis Burg. de Paz conſ. 11. num.9. ibi: *Verum de ipſa dementia conſtat, quia à conſanguineis ſuis demens reputabatur.* Farin. in fragm. litter. F. num. 27.2. & 315.

16 Y a la diligencia del Alcalde, ſe reſponde, que ſolo dize, al parecer eſtaua con juyzio, y no lo afirma con certeza: y es lo que dizen Franciſco Maçuela fol.283.y Doña Ana Sobrino, ſol.299.B. de que algu-

algunas vezes estaua sossegado, y parecia que tenia razon, que es lo que suele suceder al mas furioso: *Quia furiosi quandoque sunt obumbratæ quietis*. l. quod in eo. §. si furioso, ff. de adquir. poss. ca. dilectus, de sponsalib. & ibi glos. Pero que siempre le hallauan incapaz: y cõ averlo estado antes, se presume la duracion, mientras no se probàre lo contrario en el mesmo acto. l. cum alijs, C. de curat. furiosi. glos. in cap. indicas. 3. q. 9. Suar. dict. alleg. 1. num. 22. D. Castillo lib. 4. cap. 28. num. 44. & 45. in terminis Burg. de Paz in dict. conf. 11. n. 13. ibi: *Præsumitur esse in dementia, cũ dictũ vltimum testamentum confecit, ex quo antè probatur, vt ex Medicis Auicena tract. de frenesi, ibi; Quòd alienatio mentis in vera frenesi, & dementia, semper adest.*

17 Y aqui pondero, que si fuera cierto el instrumento, y no tuuiera defectos, facil fuera entre estas sospechas assegurarle: conque le hiziera en presencia del Alcalde, o de otro Juez; pues ya se avia puesto en duda la capacidad: y Don Andres lo hizo sin tener noticia del instrumento, porque siempre estuuo oculto, como parece de la diligencia, que adelante se refiere num. 23. Pero el no auer querido quitar dudas con este medio, induze euidente, y clara presumpcion de los defectos que tuuo, y de la malicia que huuo en su otorgamiento: por lo qual dezimos bien, que tiene falta de voluntad.

FVNDAMENTO TERCERO.

18 DE lo dicho se infiere, que en este instrumento huuo violencia vestida con malicia, y sugestion, que pudo vencer la vejez, y enfermedad, que en diferentes tiempos de su edad, y buena salud resistiò con firmeza, por quatro instrumentos vniformes: porque su revocacion, sin nueua causa, se presume dolosa, ex l. 2. §. circa ff. de doli mali, & met. except. cap. si cautio. de fide instrum. Y en terminos de reuocacion, no de quatro instrumentos, como en nuestro caso, sino de otro testamento, lo considera Surdo cõs. 373. ex num. 26. & 27. cuyas palabras son muy proprias del intento, ibi: *Quando præcedit validum testamentum, tunc secundum non nocet factum ad alterius instigationem, etiamsi neque dolus, neque minæ interueniant.* Vel: *Verius etiamsi aliter dolus non probetur, quia eo casu ex blandicijs præsumitur dolus.* Et ibi, *Quæ iubatur ratione, nam ad tollendum ea, quæ iam deliberatè facta sunt, requiritur non modica deliberatio, & facilius quid sustinetur, cùm factum est, quàm de nouo in esse deducatur. Innocent. & Butr. in ca. dudũ, de decimis. Socin. in l. 1. col. 1. ff. de vulg. Et cũ mutatio volũtatis nõ præsumatur sine causa, l. eũ qui voluntatẽ ff. de probat. l. cùm hic status ff. de donat. inter. cap. maiores, de Baptismo. Roma. cons. 295. num. 7. Card. Mant. de coniect. lib. 5. tit. 15. num. 6. lex, quæ in testamẽto exigit constãtem animũ. l. fin. ff. de testam. l. diuus. ff. de milit. testament. §. planè, instit. eod. suspicatur, ne in mutat. fraus interuenerit, & in vltima voluntate non adfuerit matura deliberatio.* Et num. 28. ibi: *Quia non præsumitur testatorem de facili ad iam facti testamenti reuocationem deuenire:* vbi latè prosequitur, & plures allegat. D. Castillo lib. 3 cap. n. 181.

Y pa-

19 Y para anullarla, baſtan ruegos, y perſuaciones, aunque no ſean doloſas, vt ex pluribus probat Surd. dict. conſ. 373. ex num. 17. quem refert, & ſequitur poſt alios D. Caſtillo lib. 3. controu. cap. 1. ex num. 181. & tom. 5. cap. 72. verſ. Quinto dolus præſumitur. Mant. de cõiect. lib. 2. tit. 11. num. 4. Y en nueſtros terminos de perſuaciones de hijo a padre, y de reuocacion de Mayorazgo, no de quatro inſtrumentos, ſino de vno, lo reſuelue Mieres de maior. 1. part. q. 25. num. 9. & ex eo D. Caſtillo dict. lib. 3. cap. 1. num. 112. ibi: *Quod perſuaſio nimia filij inducentis parentum, vt reuocet Maioratum antea factum habetur loco compulſionis, & coactionis, maximè ſi pater ſit valde ſenex.* Et poſt plures Lara de vita hom. cap. 31. nu. 11. ad finẽ. *Tamen ob filij perſuaſionem reuocant ab ijs diſpoſita, maximè ſi ſint valdè ſenex.* Et ibi: *Et quod perſuaſio nimia filij, ſi pater ſit valde ſenex, habeat vim compulſionis.*

20 Y en eſte caſo ay la depoſicion de Doña Antonia Perea fol. 300. que dize a todas horas, y en todas ocaſiones era eſta la conuerſacion, perſuadiendo, y ſolicitando eſta reuocacion. Y otros teſtigos, de que D. Geronymo, y ſu muger gouernauan la caſa de Alonſo Gomez, y le dauan de comer, y lleuauan a Miſſa como vn niño, y en particular [dize Doña Antonia] que con intento de conſeguir ſu deſſeo, le regalauan con dulces, como a niño. Y eſtas ſon diligencias ſoſpechoſas, y preces importunas, que pudieron mouerle, y violentarle: y que de otra manera no lo hiziera. Peralta in l. ſi quis in princip. ff. de leg. 3. num. 94. ad medium. Raudenſ. deciſ. 45. num. 8. & 9. part. 1. D. Caſtillo lib. 5. cap. 72. verſ. Dum etiam. Et faciunt tradita à Crau. conſ. 192. num. 12. Menoch. de præſump. lib. 4. cap. 11. & de arbitr. caſu 395. num. 44. Mantica de coniect. lib. 2. tit. 11. num. 4.

21 Y ſegun las demas circũſtancias, parece q̃ huuo dolo, y malicia en eſtas acciones: porq̃ como dize D. Ana Sobrino fol. 290. auia orden en caſa, para que no dexaſſen a Don Andres hablar à ſolas con ſu padre: y para eſto eſtauan preuenidas las criadas. Crueldad grande, que arguye dolo. Corneus conſ. 158. num. 8. lib. 4. D. Caſtillo dict. lib. 3. cap. 1. num. 194. & dict. lib. 5. cap. 72. verſ. Tertio. A que ſe jũta el ſecreto con que ſe diſpuſo el otorgamiento: porque eſſe dia le dexaron ſolo, y echaron de caſa todas las criadas, como confieſſa el Eſcriuano fol. 277. Diego Luis de Meſa, teſtigo inſtrumental fol. 296. Y lo dizen otros muchos. Y eſte cuydado, y ſecreto tambien lo nueſtra: qui malè agit, odit lucem. Y en terminos lo pondera D. Caſtillo dict. lib. 5. cap. 72. verſ. Nono dolus. Y en aquel tiempo eſtaua D. Andres auſente de eſta Ciudad. Y el aver hecho la minuta de la eſcritura, a inſtancia de D. Geronymo, D. Francisco Ortiz de Godoy, y auerla lleuado a Francisco Lopez Caſtellar, Eſcriuano, para que la otorgaſſe, y por no averlo querido hazer, acudido a Juan Gallegos, el qual dize q̃ ſe la embiò el ſeñor Inquiſidor Don Pedro Manjarres, y Don Geronymo, que ſe la dio a ſu padre: hazen la materia muy ſoſpechoſa: porque ſi llanamente fuera eſta la voluntad de Alonſo Gomez, para que tãtos rodeos, y cuydados, tanto ſecreto, y diligencia? Que la verdad no ha meneſter traças, que ſiempre ſe manifieſta, como dize Leotardo de vſur. q. 8. num. 14.

22 Con lo qual concurre la ceſſion de 54 ‖ 211. Rs. los 8 ‖ 129 en plata, y lo demas en vellon, que en ſu fauor diſpuſo Don Geronymo, que

deſ-

descubre la facilidad con que venciò a su padre, a lo que era de su conueniẽcia, en perjuyzio de su hermano: y que quien se valiò de este medio para quitarle los bienes libres, lo haria, y hizo en el Mayorazgo: y el dolo, y malicia se induze, y prueba de semejantes conjeturas. l. dolũ. C. de probat. Cast. in l. quod rerum. nu. 3. ff. depositi. Rectè Surd. cõs. 373. num. 33. Aũque en lo vno, y lo otro no le ha de aprouechar su malicia: porque, ni la cession vale en perjuyzio del hermano. ex l. qui testam. ff. de probat. D. Castillo lib. 5. cap. 111. num. 12. D. Salgado in labyrinto credit. 3. part. cap. 13. num. 25. Ni la reuocacion, en execucion de sus cuydados, vt ex dictis, & dicendis apparebit. Porque hauiẽdose hecho en los vltimos alientos vencido de persuaciones, temeroso del desamparo, quando mas lo avia menester, se presumen violentas: vt ex Corneo, & alijs notat Menoch. lib. 4. de præsumpt. cap. 8. num. 29. & 30. D. Castillo dict. lib. 3. cap. 1. num. 131.

23 Esto se reconoce por la interuẽtion del señor Inquisidor D. Pedro Manjarrès; porque cõsta, y es cierto, que era pariente de Doña Ana de Guzman, muger de D. Geronymo, que como tal le assistia de ordinario; y que para venir el Escriuano al otorgamiento, embiò su coche, y a Iuan de Quintana su criado: y el Escriuano confiessa, que le embiò la minuta. De que se colige, que por la conueniencia de su perienta hizo instancia en este negocio: ad tradita in l. interpositas. C. de transact. notat Suar. in dict. alleg. 1. num. 34. Con esto cõcuerdan quatro testigos, Francisco Maçuela fol. 283. D. Ana Maria Sobrino fol. 291. D. Manuela Antonia fol. 293. D. Nicolas de Salcedo fol. 293. que dizen averle oydo dezir al mismo Alonso Gomez, auia hecho vna escritura a instãcia del dicho señor Inquisidor, que no sabia lo que contenia: y de vista lo afirma Doña Antonia Perea, fol. 299. B. De donde se prueba la violẽcia de la persuacion: y que esta fue la causa de la revocacion, vt rectè considerat post plures Surd. dict. cons. 373. num. 42. ibi: *Quia testator sæpius post conditum vltimum testamentum dixit, ideo se primum reuocasse, & nouum condidisse: & cùm id consistat in animo, standum est eius dicto. Glos. in §. aliæ, inst. de act. Marsil. in rub. C. de probat. num. 122. Menoch. de arbitr. casu 186. num. 5. & in fortioribus terminis dixit Bart. in l. fin. nu. 14. ff. si quis aliæ test. prohib. Quod si dicat testator se metu compulsum ad faciendum testamentum, eo ipso ex eius confessione probatur metus.* Et ibi: *Nemo enim magis certè causam scire potest, quàm ipsemet disponens: & quando de vna causa sumus certi, tunc qui dicere vult alias extitisse causas, tenetur probare.* Sin reparar en la cõtestacion, o singularidad, porque legitimamente prueban. Menoch. de præsump. lib. 5. cap. 3. num. 42. Mant. lib. 12. tit. 7. num. 5. D. Castillo dict. lib. 5. cap. 72. vers. Et metus. Aunq̃ tuuieran tachas. Mascard. de prob. concl. 1365. & post Farin. & alios. D. Castillo, vbi proximè, vers. Dum etiam. Y no ayuda poco el testimonio, que està fol. 164. de que pidiendole D. Andres vn traslado de esta escritura: respondiò que no la podia dar, por el secreto que le auia encargado el señor D. Pedro, entendiendo por el señor Inquisidor: y era su Ministro, en quiẽ pudo mas seguramente obrar su precepto. Pero para todo bastaua su autoridad, y mostrar que era gusto suyo, por la conueniencia de su deuda Doña Ana de Guzman, que los Superiores cõ manifestar su desseo mandan. l. 1. C. ne licet potent. Neuiz. in silua nupt. fol. 122. & in termin. Peralta in dict. l. si quis, in princi. ff. de leg. 3. num. 94. ibi: *Quorum*

pre-

preces, aliàs appellantur oppressiones, & dicuntur preces armatæ.

24 A todo esto se añade la diligencia de Don Geronymo, que dispuso estos medios para conseguir su intento: y en este pleyto procurò impedir la probança de Don Andres, y temiendose de Francisco Maçuela, le puso vn pleyto para tacharlo, y a los testigos, que auian de dezir, los amenaçò, y aunque venciò a muchos, no pudo a algunos, que lo dizen en la querella de incidencia, fol. 152. Y no es la menor presumpcion de dolo, querer impedir la probança, vt ex plurib. docet Menoc. de præsumpt. lib. 2. cap. 91. per tot.

25 Lo qual se confirma por la clausula del testamento de Alonso Gomez, que otorgò cerrado antes de la reuocacion: y en ella dize, que quiere que se guarden los dos Mayorazgos, que dexa fundados para sus dos hijos, y que es contra su voluntad si otra cosa pareciere: y en esta reuocacion no se haze mencion de esta especialidad. De lo qual se infiere, que el averla hecho, fue violentado, y oprimido con sugestion, y fuerça de persuacion, que temiendola, se preuino con la protestaciò del testamento cerrado que hizo, como en terminos lo dixo Peralta in dict. l. si quis in principio. ff. de leg. 3. num. 124. Mantica de coniect. lib. 12. tit. 8. in princip. & num. 9. ex Iul. Claro, ita ad intentum loquitur: *Hæc enim clausula derogatoria, posita in primo testamento, facit præsumi secundum testamentum, in quo non sit ei derogatum, factum potius fuisse ad sugestionem, vel propter importunitatem alterius, quàm ex voluntate ipsius defuncti.*

26 Pero quando todo faltara, sola esta clausula desuanece esta reuocacion, porque para su validacion era necessario hazer expressa mencion de su disposicion, y reuocarla. Vulg. text. in l. si quis in principio. ff. de leg. 3. l. si mihi, & tibi. §. in legatis. ff. de leg. 2. Peral. in dict. l. si quis in principio, num. 76. vers. Itaque regula tradita primo fallit, cum alijs Mantica de coniect. lib. 12. tit. 8. Surd. cons. 356. per tot. Porque en esta clausula se contiene vna protesta de voluntad contraria, y para reuocarla, es preciso expressa, y especial memoria: vt rectè notat Peralta vbi supr. num. 118. Spino de testam. glos. 30. num. 38. Surd. dict. cons. 356. num. 21. & num. 24. donde responde a la l. diuus. §. licet. ff. de iure codicill. & ita ex Angelo prosequitur: *Codicillum non valere quando præcessit clausula derogatoria, quia dicitur carere voluntate testatoris, ex quo per clausulã probatur voluntatẽ nõ adesse in actu sequẽti.* Et aliter respõdet Spino dict. l. diuus, vbi. suprà num. 44. Y siendo D. Geronymo heredero de su padre, no pudo impugnar esta clausula, aunque no fuera reuocatoria, sino dispositiua: porque con acceptar la herencia, se obligò al acumplimiento, y a todo grauamen, aunque sea en los bienes donados irreuocablemente: vt ex Corn. Alex. Paris. & alijs rectè considerat D. Castillo controu. lib. 3. cap. 10. ex num. 39. maximè num. 48.

27 Y no basta dezir, que la dicha clausula mirò a los instrumentos, que se huuiessen otorgado en virtud de sus poderes, y no a la fundacion de los Mayorazgos; que esso fue enunciatiuo; porq̃ aunque al principio començò cõ aquella generalidad, despues la expressa, y especifica, a lo que el mesmo huuiesse hecho, dando por razon de todo, que quiere que valgan los dos Mayorazgos que dexa fundados. Arguitur in l. 3. §. filius intermedius. ff. de liber. & post. Menoch. de præsumpt. lib. 4. cap. 181. D. Castillo dict. lib. 2. cap. 4. num. 23. & 26. Y basta su ge-

generalidad: porque todo lo comprehende igualmente l. iam hoc iure l. huius. ff. de vulg. l. si legatarius, vbi Bart. ff. de legat. 3. Ruin. conf. 3. num. 29. vol. 2. Surd. conf. 31. num. 15. vbi idem dicit, *etiamsi vnū sit altero magis favorabile, & quando diuersa aliqua subesset ratio, quia nihilominus æqualis debet esse determinatio.* Y en terminos de clausula especial, y general, el mesmo Surdo conf. 303. num. 33. respōdiendo a la l. si de certa, C. de transac. l. emptor. §. Lucius. ff. de pactis. dize num. 34. *At si relatio est ad aliud necessaria, iam clausula non potest restringi ad expressum; vbi autem ratio recti sermonis non admittit, tunc generalis clausula non restringitur ad specificata, sed generaliter operatur. Castr. in l. Aquilius. ff. de transact. Natt. conf. 546. num. 13. & passim ponunt Doct. in dict. l. si de certa, vbi num. 20. & sequentibus refert Bart. & al. os, & in specie non fit restrictio quando disponens vtitur dictione alia, quia illa ponitur ad augendum.* Y en la disposicion se conoce que fue general, y con animo de comprehender todo lo que despues hiziesse: porque dize, que solo exceptua lo que contenia la clausula siguiente, y no otra cosa, con que manifestò su voluntad: Siquidem exceptio firmat regulam in contrarium. l. nam quod liquidè de pœna legata, cum vulgaribus.

Y esta clausula reuocatoria no solo obra en otra vltima voluntad, sino en qualquier contrato entre viuos: que si se haze sin reuocarla, no le perjudica, y siempre ha de tener efecto su disposicion, como in terminis de padre, dos hijos, testamento con clausula reuocatoria, y contrato hecho, antes se colige del texto in l. ex parte. §. fin. ff. familiæ ercisc. Donde la clausula del testamento tuuo su execucion sin embargo de la reuocacion del contrato, por no auer en èl hecho mencion del testamento: Vt rectè aduertit Spino de testamentis. glos. 30. num. 41. in fine.

Ex quibus omnibus, siue sigillatim, siue simul collectis, quia singula, quæ non prosunt, simul collecta iuuant; parece bien fundada la verdad, y justicia de Don Andres, salva in omnibus, &c. Sevilla, y Enero 29. de 1660.

Don Fernando de Paz Faxardo.